

産大法学 45巻3・4号 (2012. 1)

## 研究ノート

# 子の奪い合い紛争事件における判断基準について

山口 亮子

## はじめに

子どもの奪い合い事件は、家族関係の事件の中でも紛争性の高い、かつ事件数の多いケースのひとつである。そしてこの事件の特徴は、当事者間の関係によりその手続が異なることである。これまで学説・判例の変遷により、一定の住み分けがなされるようになってきているが、それでも例外の場合も生じており、依然として問題を抱えている。そして、手続が異なると判断基準も異なるはずであるが、平成5年10月19日の人身保護事件の最高裁判決以後、その判断基準は一旦乖離はしたものの、再び交錯しているように見える。本稿は、子の奪い合い紛争事件における概要を表にまとめて資料として後掲し、それぞれの判断基準の到達点を明らかにして今日の問題点を検討していく。そしてさらに、今後日本は、「国際的な子の奪取の民事上の側面に関するハーグ条約（以下、ハーグ条約とする）」の<sup>(1)</sup>批准、<sup>(2)</sup>家族法改正による離婚後の共同親権化といった大きな変化が訪れる可能性があることを視野に入れて、それらを見据えた上で、これからの判断基準の妥当性について検討していきたい。

## 註

- (1) 2011年5月にハーグ条約の締結に向けた準備を進めることが閣議了解された。これを受け外務省と法務省は、国内法の作成作業を進めるに至っている。
- (2) 離婚や未婚といった婚姻外の父母の子に対する共同親権については、これまで、家族〈社会と法〉学会によるシンポジウム、および私法学会におけるシンポジウムで検討されている。許末恵「親権をめぐる法規制の課題と展望」家族〈社会と法〉24号126頁（2008年）、水野紀子「家族法改正一親権法」

ジュリスト 1384 号 58 頁 (2009 年)、犬伏由子「親権・面会交流権の立法課題」家族〈社会と法〉26 号 35 頁 (2010 年)、田中通裕他「親権法グループ中間報告会」戸籍時報 673 号 2 頁 (2011 年)。

## 1. 争いの当事者と手続の類型化

子の奪い合い紛争事件は、誰と誰が争っているかという当事者間の関係と、どのような申立てを行うかといった関連性において、手続は複雑である。紛争の当事者としては、別居中の夫婦間によるもの、離婚後の親権者と非親権者の父母間によるもの、実父母ではあるが未婚の親権者と非親権者によるもの、そして親権者と第三者によるもの等、様々な類型がある。そしてその紛争手続には、家庭裁判所への審判の申立てと地方裁判所または高等裁判所への人身保護請求、および地方裁判所における民事訴訟手続とがあり、家庭裁判所については、本案である民法 766 条に基づく監護者指定および子の引渡し申立てと、審判前の保全処分の申立てとがある。これまで判例および裁判例では、事件の形態と申立ての態様との関係に苦心しており、さらにそれぞれにおける判断基準についても変遷が見られる。

別居中の親権者対親権者の紛争の場合、現在では基本的に民法 766 条に基づく子の監護者指定の申立てになる。表 I でまとめたものは、基本的に行われる手続を横に置いているが、親権者対非親権者でも民法 766 条による手続は可能であるし、親権者対親権者でも人身保護による手続は可能であるので、それは交差の線として示している。

この類型化に至るまでには判例の変遷があった。従来は、別居中、離婚後にかかわらず、子どもが奪取されると、当事者は家庭裁判所の門を叩くのではなく、地方裁判所へ人身保護請求の申立てを行う場合が多くなされていた。当該手続が、迅速性かつ執行の強力性の面で有効であると信じられていたからである。しかし、人身保護請求は決して執行の強力性が確保されている訳ではなく、また家族の問題を地方裁判所が扱うということもあり、問題は以前より指摘されていた。

表 I

当事者	手続	問題点
親権者 対 親権者	民法 766 条 監護者指定、家事審判法 9 条 1 項 乙 類 4 号、審判前の保全処分	離婚後親権者変更を繰り返して親権と監護の関係が曖昧な場合、非親権者からの請求の場合に家事審判で争われる。親権者対第三者については、民法 766 条による解決を否定する例もある。
親権者 対 非親権者	人身保護手続	親権者同士でも、子どもの幸福に明白な有害性があれば申立可能。
親権者 対 第三者	民事訴訟手続	今日あまり行われていない。

そこで、別居中の夫婦間の子の奪い合い紛争に一定の制限を設けたのが、最高裁平成 5 年 10 月 19 日第 3 小法廷判決民集 47 卷 8 号 5099 頁である。本件は、父親が子どもたちを連れて別居し、その後母親が子どもたちを連れ出したものの、また父親から連れ戻されたため、母親が人身保護請求を申し立てた事件である。原判決は、父母の監護者としての適格性を比較衡量し、母親優先の判断も作用して、母親への引渡しを認めたのであるが、最高裁は、別居中の夫婦間の子の奪取をめぐる人身保護請求事件では、共同親権者による子の監護は原則として適法であるから、拘束者が幼児を監護することが子の幸福に反することが明白でない限り、人身保護法の適用はしないと判断した。これはいわゆるその後、「明白性の基準」と言われるようになったもので、別居中の共同親権者間の争いでは、拘束者による監護によほどのことがない限り裁判所は関与しないことを示したのである。すなわち、原則として奪われた現状を維持するという状態になってしまうものである。後でも明白性の基準が現れてくるので、とりあえずこれを「明白性の基準<sup>(3)</sup>α」と呼ぶことにする。ここで最高裁の補足意見が、「別居中の夫婦……の間における監護権をめぐる紛争は、本来、家庭裁判所の専属的守備範囲に属」と述べたことにより、別居中の子の奪取事件の人身保護法の適用は制限されるものとなり、共同親権者間の子の奪い合い紛争には人身保護請求を用いないようにする方向性が示されることとなった。人身保護手続は権利に基づく判断を行うものとされることに

なったわけである。したがって、離婚後の親権者対非親権者の事件、親権者対第三者の事件は依然として人身保護手続が可能である。

親権者と第三者間との紛争で、子の親権ではなく監護が問題となっている場合は、民法 766 条による家事審判手続が申し立てられる。今日では、父母対祖父母、あるいは対里親のような第三者との紛争も現れている。しかし、これについては、民法 766 条にもとづく家事審判事項に当たるか否かで学説・判例は見解が分かれ対立している。<sup>(4)</sup>なお、本稿では父母間の紛争における判断基準にしぼるため、第三者との手続形態についての検討は行わない。<sup>(5)</sup>また、従来親権に基づく妨害排除請求として民事訴訟手続が行われていたが、今日ではほとんどなくなり、その役割は終えたとされている<sup>(6)</sup>ので、これも省くこととする。

## 註

(3)  $\alpha$ 、 $\beta$  の分けは、梶村太市「判例紹介 東京高裁平成 15 年 3 月 12 日決定・家裁月報 55 巻 8 号 54 頁」法の支配 131 号 110 頁 (2003 年) による。

(4) 民法 766 条の監護権者を第三者にも認めるか否かは、主に父母対祖父母の事件に現れる。未成年者の祖父母による子の監護者指定の申立てを、家事審判事項に当たらないとして却下した事例として、東京高決平成 20 年 1 月 30 日家月 60 巻 8 号 59 頁、仙台高決平成 12 年 6 月 22 日家月 54 巻 5 号 125 頁等がある (金沢家七尾支平 17 年 3 月 11 日家月 57 巻 9 号 48 頁は祖父母からの監護者指定の申立てを認めた)。これに対しては、学説から批判的な主張がなされている。二宮周平「子の監護者指定 (民法 766 条) の積極的活用」立命館法学 2003・1192 頁 (2003 年)、同「父母以外の者を子の監護者に指定することの可否」判タ 1119 号 (2003 年)、棚村政行「祖父母の監護権」判タ 1100 号 149 頁 (2002 年)、梶村太市「子の監護審判事件における第三者の当事者適格—東京高決平 20.1.30 の問題点」判タ 1281 号 142 頁 (2009 年)。

(5) 例えば、最高裁昭和 38 年 9 月 17 日第 3 小法廷判決民集 17 巻 8 号 968 頁。

(6) 梶村太市「子の引渡請求の判断基準としての明白基準と比較基準」同『家族法学と家庭裁判所』所収 182 頁 (日本加除出版、2008 年)。

## 2. 人身保護事件と家事審判との住み分け

人身保護請求事件の最判平5年10月19日の意義は、別居中の夫婦間の人身保護事件では、裁判所が父母どちらに監護されることが子の幸福にあたるかを比較衡量して子の引渡しを決定するのではなく、当該拘束が明白に子の幸福に反する場合に限り認められるとしたことであり、実質的に共同親権者間の子の奪い合い紛争に人身保護法を用いることを制限したことである。

その後、最高裁平成6年4月26日第3小法廷判決民集48巻3号992頁が、別居中の夫婦間の人身保護事件で、子の幸福に反する明白性の要件を具体的に示した。それは、①家庭裁判所で幼児引渡しを命ずる仮処分審判が出されているのにそれに従わない場合や、②請求者の監護下では安定した生活を送ることができるのに拘束者の監護下においては健康が損なわれたり、満足な義務教育を受けることができないという要件である。これにより、別居中の事件は原則として家事審判へ移行するよう道筋が立てられ、しかも、通常の場合にはまず家庭裁判所へ審判前の保全処分を申し立てる<sup>(7)</sup>ことが示された。しかし同時に、別居中の父母間の争いでも例外となる状況があれば、人身保護請求ができる場合もあることを認めたとも言える。

また、最高裁平成6年7月8日第2小法廷判決家月47巻5号43頁も、別居中の共同親権者間の事件である。父が単親転居することで別居が開始した。離婚調停中父が子との交流の調整を頼み、調停委員会の勧めにより父母間で父が預かる旨の合意が成立したが、その後父は約束を破り期日後も子の引渡しを拒否した事件である。最高裁は、「調停委員会の面前でその勧めによってなされた合意に反して被拘束者らの拘束を継続し、被拘束者らの住民票を無断で上告人の住所に移転したことなどの事情にかんがみ、本件拘束には、人身保護法2条1項、人身保護規則4条に規定する顕著な違法性がある」と判断した。この判例の意義については当初学説上、解釈について議論があった<sup>(8)</sup>。ひとつは、最判平6年4月26日同様、家裁

の審判に従わない場合と同視でき、この射程内にあると見る説である。<sup>(9)</sup>仮処分審判に従わないことと、調停委員会の下での合意反故という点を同一とみなす立場である。もうひとつは、拘束開始時の事情から直接に「拘束の違法性」の要件を認めたものという説である。<sup>(10)</sup>後者の立場であれば、「子の幸福」というメルクマールを介さずに拘束開始時の事情から判断するものであるので、従来の判例の立場とは異なる判断が出されたことになる。そしてその後、同様に調停手続きの進行過程で、当事者間の合意を無視して実力行使した事件である最高裁平成11年4月26日第1小法廷判決家月51巻10号109頁が明確に後者の立場を取り、「被上告人による被拘束者に対する拘束には法律上正当な手続によらない顕著な違法性があるというべきである」と判断した。これにより、別居中であっても拘束開始手段が違法であれば、人身保護請求の適用があることを示すこととなった。このように、最高裁自ら婚姻中の夫婦でも人身保護手続を申し立てられる余地を残すものとなった。

人身保護請求が制限されるのは、婚姻中の父母間の子の奪取事件であるから、離婚後の夫婦間には適用がある。したがって、離婚後の場合は、共同親権中の父母に採用される「明白性の基準 $\alpha$ 」は適用されないはずである。最高裁平成6年11月8日第3小法廷判決民集48巻7号1337頁は未婚の母である親権者から非親権者父に対し人身保護が申し立てられた事件である。裁判所は、子の監護権を有する者が監護権を有しない者に対し、人身保護法に基づき幼児の引渡しを請求する場合には、「被拘束者を監護権者である請求者の監護の下に置くことが拘束者の監護の下に置くことに比べて子の幸福の観点から著しく不当なものでない限り、非監護権者による拘束は権限なしにされていることが顕著である場合（人身保護規則4条）に該当し、監護権者の請求を認容すべきものとするのが相当である」として、権利者（請求者）の監護が子の幸福に反していないことが明白である限り、非権利者（拘束者）の監護は拘束の違法性があるとして、請求者の請求を認めた。同じ「明白性」という用語を用いているが、明白性の基準 $\alpha$ とは異なり、これは権利がある者の監護が妥当であるとの前提で、原則

として権利者を優先する基準である。これを「明白性の基準 $\beta$ 」とする。

離婚後の父母間で人身保護請求が申し立てられた事件として、大阪地裁平成19年2月21日判決判タ1251号339頁がある。本件は、離婚後の父母間であっても、複数の子どもとの同居や交流が続いていたり、法的に親権者・監護者の変更を繰り返したりして、権利関係と実態が異なっていた。本件は、親権者父から拘束者である非親権者母に対する請求であり、この場合の類型は対非親権者であるので、明白性の基準 $\beta$ が適用されることになる。裁判所は請求者（親権者）の監護が子の幸福に反するか否かを、父母の経済性、互いの住居や生活状況、監護協力者祖母が子に対して言う母の悪口、8歳の子の意見、きょうだいの同居、現在の状況が実力奪取でないこと等、養育状態を詳細に比較衡量して判断を導いた。人身保護請求事件では、本来家庭裁判所でやるべき詳細な比較衡量を避けるため、最高裁は明白性の原則を打ち立ててきたのであるが、権利性だけで決められない事情がある場合には、このように地裁で比較衡量を行うことになってしまうのである。結論としては、子どもが虐待されているなどという明白な要素は見られなかったが、親権者である父親の監護は子の幸福の観点から著しく不当と判断され、父親からの引渡請求は否定された。

また近年、国際間の子の引渡しに関する人身保護請求事件が最高裁で判断された。事実の概要は、ニカラグア国籍を有する医師である父親が、家族が居住していたアメリカの裁判所で日本国籍の母親と離婚し、子の単独監護権を得た。しかし、母親は子の監護権決定が出る前に無断で子連れで日本へ帰国したため、父親が人身保護法に基づき子の引渡し等を求めたというものである。原審の大阪高裁平成22年2月18日決定家月63巻1号99頁は、監護権者対非監護権者の事案として、最判平6年11月8日が示した明白性の基準 $\beta$ を採用し検討するが、父親の監護が明白に子の幸福に反するか否かの判断について詳細な比較衡量を行った。そこでは、母親が婚姻中主たる養育者であったこと、父子関係は良好であること、父は経済的不安もなくサポート体制を準備しているが医師として多忙なこと、子がアメリカの幼稚園で人種の違いから苛めにあったこと、子は現在英語が

話せないこと等を比較検討し、子の現在の生活の継続性を重視して、子が父親の元に戻されれば虐待されるなどという明白な有害性は示されなかったが、裁判所は子を請求者の監護の下に置くことが子の幸福の観点から著しく不当な結果をもたらすものと判断し、父親の申立てを棄却した。これに対し最高裁平成22年8月4日第2小法廷決定家月63巻1号97頁は、「被拘束者を請求者の監護の下に置くことが拘束者の監護の下に置くことに比べて子の幸福の観点から著しく不当なものであることが一見して明らかであるとする<sup>(11)</sup>ことはできない」として、原審に審問手続を行うよう判示した。

本件は、民事訴訟法および国際私法の問題も含まれているが、家族法の観点から述べるならば、大阪高裁は明白性の基準 $\beta$ をとるとしつつも、明白に子が有害であるか否かという「明白性」を詳細な比較衡量により検討し、実際はどちらがより子の幸福であるかの利益判断を行っているに過ぎないことが問題であると言えよう。しかもその判断が、明白にそう言えないことは最高裁が指摘する通りである。

最判平5年10月19日で子の幸福の判断については原則として家庭裁判所で行うことが示され、かつ最判平6年11月8日で離婚後の夫婦の事件は権利による判断を行うとしたが、依然として地裁・高裁で子の幸福の実質的判断が行われているという現状がある。一般に子と両親との関係は、明白に差があるものではなく、多くは親の協議により決められた単独親権という権利により現実の親子関係が分断される訳ではないので、人身保護請求事件であっても子の幸福に関する詳細な検討を行わざるを得ない状況が作り出されるのである。最高裁では明白性の基準を原則とすることが示されたが、子の奪い合い事件は事案が複雑な場合も多いため、例外が多数派になる可能性もある。では現実には、子の奪い合い事件で人身保護請求事件が制限されるようになっているのであろうか。統計を見てみよう。

司法統計年報家事事件編によると、全体の申立件数が増加していることが分かる。平成3年から平成8年までの人身保護請求の地裁への申立件数は120～130件を推移し、平成9年には一時100件を切ったが、再度平成12年からは130～150件前後を推移している。平成21年統計では123件、



平成22年では149件であった。本来これは、刑事手続上の拘束を考慮して立法化されたものであるが、今日ではその多くが子の奪取事件で用いられており、示された数の動向はほぼ子の奪取事件の動きと把握してよいものと思われるので、申立件数は依然として減少していないようである。また、奪取事件自体が増加しているのも確かである。家庭裁判所における子の監護事件のうちで、子の引渡しの申立ては、平成12年が533件であったのに対し、平成16年で909件、平成19年で1,053件、平成21年では1,224件、そして平成22年は1,417件となっている。

#### 註

- (7) 梶村太市「子の引渡請求の裁判管轄と執行方法」同『家族法学と家庭裁判所』所収157頁（日本加除出版、2008年）。
- (8) 大村敦志「最高裁判所民事判例研究」法協112巻8号155頁（1995年）。
- (9) 吉田彩子「子の引渡をめぐる人身保護請求と家裁における保全処分の関係について」判タ1038号40頁（2000年）
- (10) 島田充子・丹羽敦子「最高裁第1小法廷平成11年4月26日判決判例解説」判タ1036号169頁（2000年）。
- (11) 判例評釈として、越山和弘「民事訴訟法28号速報判例解説」TKCローライブラリー（2010年）、森田博志「国際私法3号判例速報解説」TKCローライブラリー（2011年）、常岡史子「家族法47号判例速報解説」TKCローライブラリー（2011年）。

### 3. 人身保護事件と家事審判事件の判断基準の相違

人身保護事件は、子の利益判断ではなく、原則として親権という権利性の有無により判断を行う場である。他方、家事審判事件は、別居中の監護者の指定事件に特徴的な通り、共同親権中で双方に権利があるときに、権利に基づかず子の利益を判断基準として、父母のいずれかを指定する審判である。しかし、東京高裁平成15年3月12日決定家月55巻8号54頁は、子の監護に関する処分の審判に明白性の基準 $\beta$ の適用を取り入れて、権利に基づく判断を行った。<sup>(12)</sup> 事実関係は微妙であり、離婚届には母を親権者と

しているが、協議がなかったといい、その後の調停で父が監護者とされ、実際子は父と生活している。しかし裁判所は、唯一権利性に基づき、子の幸福の比較衡量は行わず、親権者とされていた母を監護者と指定して、請求者である母への子の引渡しを命じた。

婚姻中母が子連れを別居し、その後父が子を奪取した事件である仙台高裁平成17年6月2日決定家月58巻4号71頁の判断はどう解釈すべきであろうか。裁判所は、「奪取者に引続き子らを監護させる場合に得られる利益と請求者に子を監護させる場合に得られる利益を比較し、前者が後者がある程度優位に上回ることが積極的に認められない限り請求者による引渡請求を認容すべき」とした。拘束者による監護に積極的優位性を求めることは、奪取された側をあらかじめ実質的監護者として監護権という権利がある者とみなしており、明白性の基準 $\beta$ に近いものとする<sup>(13)</sup>が、この場合は、奪取を比較衡量の否定的要件のひとつとして考慮すれば足りるのではないだろうか。

家事審判において明白性の基準 $\beta$ を採用する問題点は2つある。ひとつは、家庭裁判所は子の利益を唯一の判断基準として、子の引渡し等の審判事項を判断するものであって、家裁の審判はまさに、父母双方の諸事情を総合的かつ相対的に比較衡量して、どちらの主張が子の利益にかなうかを判断する場であるのに、それを行わず、人身保護手続と同様の明白基準を用いては、家庭裁判所の存在意義は半減してしまう<sup>(14)</sup>ということである。もうひとつは、本件は奪取が繰り返されており、当初別居時に子どもを連れ去って単独で養育している親を実質的な監護者とみなし、その者に権限がある<sup>(15)</sup>との前提でその者を優先的に取り扱っていることである。初めに実力により子どもとの生活を開始した者を実質的監護者としてしまうと、奪った者勝ちの状態を作ってしまうこと、また、別居時に子どもを連れて出ることがひとつの奪取ではないか、との問題とも関わってくる点である。再度後で見えていくことにする。

註

- (12) 梶村・前掲注(3) 110 頁。
- (13) これに対し、当裁判例は比較基準を適用したものと解する見方もある。梶村・前掲注(6) 193 頁。
- (14) 梶村・前掲注(3) 110 頁。
- (15) 山口亮子「子を奪取した父に対し母への子の引渡しを命じた四事例」民商法雑誌 136 巻 1 号 140 頁 (2007 年)。

#### 4. 家事審判事件と審判前の保全処分の判断基準の相違

子が奪取された場合に人身保護請求を行っていたのは、その手続により迅速性を求めるためであった。そこで、家庭裁判所でも迅速性を目指すために昭和 55 年に審判前の保全処分が可能とされるよう、改正された。これにより、子を奪われた親は子の引渡しの本案と共に、審判前の保全処分<sup>(16)</sup>を行うケースが増えてきた。この申立てにより家庭裁判所は子の引渡しの仮処分をすることができる。

今日、審判前の保全処分に対し、裁判所の判断には次の 2 種類がある。ひとつは、本案の審判申立てが認容される蓋然性と保全の必要性を要件とする判断である。東京高表平成 15 年 1 月 20 日決定家月 55 巻 6 号 122 頁<sup>(17)</sup>がこれに当たり、東京高裁は、「本案の審判申立てが認容される蓋然性と保全の必要性が要件となる。保全処分が認容される要件を、子に対する虐待、子が相手方の監護が原因で発達遅滞や情緒不安を起こしている場合などが該当する。事件本人らは現在一応安定した生活を送っていることが認められ、……切迫した事情を認めるに足る訴明はない。本件審判前の保全処分の申立ては理由がない」として、保全処分を認めなかった。

2 つ目は、連れ去りの事件においては原則引渡しを認めるというものであり、本案の結論との関連を考慮しない基準である。東京高裁平成 20 年 12 月 18 日決定家月 61 巻 7 号 59 頁は、「従前監護していた親権者による監護の下に戻すと未成年者の健康が著しく損なわれたり、必要な養育監護が施されなかったりするなど、未成年者の福祉に反し、親権行使の態様とし

て容認することができない状態となることが見込まれる特段の事情がない限り、その申立てを認め、しかる後に監護者の指定等の本案の審判において、いずれの親が未成年者を監護することがその福祉にかなうかを判断することとするのが相当である」と判示した。

通説は1である。しかしこの欠点は、保全処分であるのに子の利益を調査・判断しなければならず、時間がかかってしまうということと、本案の意味が薄れてしまうということである。また、裁判所が申立てに対し判断をしないということは、自力救済を許してしまうこと、家族の危機に裁判所が介入しないという旧来の消極姿勢を表すということを意味することになる。

私見としては、2の判断基準が妥当である<sup>(18)</sup>と考える。それは、奪われたら取り返すというポリシーの下で、自力救済を許さないこと、奪取された先で子どもが馴染んでしまうことを防ぐためである。奪取に対する現状の回復を求めているのに、慎重に判断しては、「家庭裁判所に期待された役割を放棄することになるばかりか、かえって違法行為の結果の既成事実化に手助けしたこととなってしまう。また、このことは、違法行為の結果を事実上、優先し、保護するような状況を招来するから、結果的に自力救済を容認し、違法行為者にかえって有利な地位を認めることになりかねない。そのような対応では、実力による子の奪い合いを助長し、家庭裁判所の紛争解決機能を低下させる」と述べる、前出東京高決平20年12月18日の判断に賛成する。

なお、この判断は、子の奪取に関するハーグ条約の考え方にも適っている。ハーグ条約下では、子が無断で奪取された時点で裁判所に申し立てたら、裁判所はとりあえず子を常居所へ戻す判断をしなければならない。この場合、恒久的な監護者は決定せず、戻された裁判所で再度監護者の決定がなされるのである。仮の処分と捉えることができる。ただし、ハーグ条約が批准された場合、子の返還を現行法の保全処分による手続で代用できる訳ではない。審判前の保全処分は審判という本案が存在して初めて可能なものであり、この本案は子の利益を判断基準として行う非訟手続である

からである。子の奪取がなされたときに、自動的に子を返還する手続は訴訟事件で行う必要があるだろう。したがって、批准後は別の手続を用意する必要があるものと思われる。

#### 註

- (16) 審判前の保全処分は公表件数は少ないが、実際の件数は必ずしも少なくはない。平成13年の司法統計家事事件年報によると、子の引渡しを命じる仮処分の新受件数は244件であり、うち認容は58件、却下38件、取り下げ115件であった。平成22年の新受件数は758件、うち認容156件、却下103件、取下げ371件となっている。
- (17) 梶村・前掲注(6)185頁。
- (18) 山口亮子「民法判例レビュー」判タ61巻4号61頁(2010年)。

## 5. 奪取の程度

ここで問題は、「奪取」の内容である。自力救済を認めないというときのそれは、子どもの奪取を指しているが、それはいかなる公然・平然とした連れ去りも含むのか、あるいは強制力を使った連れ去りのみ適用するのか、という問題がある。なぜなら、わが国では、別居時に母親が子どもを連れて実家へ戻るケースが多く、これを奪取とみなさない場合が多いからである。しかし、手段が平穏であったとしても、残された親にとっては突然わが子との生活を断絶させられるのであり、子どもにとっても住みなれた場所から転居させられることになるのであるから、これを全く不問とするのも妥当性を欠くように思われる。

昭和24年や同33年の初期の人身保護事件の判例によると、拘束開始手段の不当性については、拘束者が子どもを連れ去った行為が暴力や偽計を用いるなど穩当を欠くものであっても、その一事をもって現在の拘束の違法性が顯著だと言えないとの立場をとってきた(最高裁昭和24年1月18日第2小法廷判決民集3巻1号10頁、最高裁昭和33年5月28日大法廷判決民集12巻8号1224頁)。奪取先で子が平穏に暮らしていれば、その継

続性をもって子の福祉に適うと判断していたからである。

それが今日では、奪取先での継続性をさほど重視しないようになってきている。現在の生活の継続性を重視すると、実力奪取を認め、それを助長するようになるからである。そして反対に、拘束の開始自体に顕著な違法性がある場合には子の引渡しを認めるとする傾向に変わってきている（最判平6年7月8日、最判平11年4月26日）。しかし、子の引渡要件としては、奪取の違法性が高い場合に限っているため、現実には依然として継続性を重視し、奪取も程度の問題として処理される場合もある。そうすると、子どもが連れ去られたら穏当な方法で子を奪い返すという実力行使をし、そうして子どもとの生活の継続性を図るという策に出る者が現れることも大いにあり得る。未だ連れ去りの程度と子の生活の継続性のバランスについて、裁判所の判断も微妙な状態にある。奪取の程度については早急に定義付けを行うべきであろう。

## 6. 子連れ別居の判断基準

先にも述べたように、別居時に母親が子どもを連れて実家へ帰ることは、わが国では通常よく行われている。その理由として、婚姻中子どもの主たる養育者は母親であり、母親は別居するときに子どもを置いては行けないという気持ちがあること、またドメスティック・バイオレンス（DV）や虐待等の事情があるとき、子どもを連れて行くことが別居の目的である場合があること等が考えられる。しかし諸外国では、別居時に無断で子どもを連れて家を出ることを立法で禁止している国もあり、また国を超えてそれが行われた場合には、子を常居地へ連れ戻し裁判を行うというハーグ条約を批准し、別居時の連れ去りを認めないとしている所もある。そこで昨今、このハーグ条約の批准が外圧もあり現実味を帯びてきたが、日本で批准される場合に、日本における裁判所の対応にも統一性を持たせておく必要があるように思われる。すなわち、日本人同士の別居時の子の連れ去りの場合も、家庭裁判所はとりあえず子どもを元の住所に戻すという判

断をすべきということである。これが、先に見た保全処分の判断基準2を支持する理由のひとつであるが、現実には、本案の内容との蓋然性を重視する説や、判断自体を回避することもあるように、国内の判断基準を変更するには未だ困難であることは確かである。

さて、日本の裁判例では、別居時に母親が子を連れて出ることを、「当然」、「やむをえない」、あるいは、違法性はないと判示している（札幌高裁平成17年6月3日決定家月58巻4号84頁、東京高裁平成17年6月28日決定家月58巻4号105頁、東京家裁平成22年5月25日審判家月62巻12号87頁）。依然として男女性別役割分担があり、子育ては母親が行うものという現状があるからであろう。裁判所はこれについて、「主たる養育者」の基準により正当化している。別居前に子どもを主に監護・養育してきた者が子どもを連れて家を出ても、それは奪取とはみなさないとするのである。

他方、諸外国で子を連れての無断の転居禁止の理由を見てみると、それは、子どもに対し婚姻中もおよび離婚後も親としての権利を持つ親が、子どもとの交流を侵害されることを防止するためである。国が法律で婚姻外<sup>(19)</sup>の親子の交流を認めるということは、それを立法および判例で保障することであり、その侵害も防止する必要性がある。日本でも今後、面会交流を認め、その立法を実行化していくに当たっては、それを両面から保障し規定していく必要があろう。

#### 註

- (19) 山口亮子「離婚後の親子の交流の確保：アメリカの訪問権判例からの考察」山梨大學教育學部研究報告第一分冊、人文社会科学系48号177頁（1997年）。

## 7. 家事審判における比較衡量の要件基準

家事審判で子の監護者または親権者を指定する場合、今日では何かひと

つの原則ではなく、各種の要素を比較衡量して子どもの最善の利益を探り判断することとなっている。その中で特に検討される要件が、(i) 主たる養育者の要件、(ii) 継続性の要件、(iii) 寛容な親の要件、(iv) 子の意思要件であり、DVや虐待、実力奪取は否定的要件となっている。

(i) 主たる養育者の要件。従来、裁判所の多くは母親優先の原則を用いてきた。これは、特に子どもが幼い時は母親の愛情、養育が子どもの利益にかなうという考えであり、その要件のみにより判断していたという意味で、原則と呼ぶことができる。しかし、この性別に基づく唯一の判断は、例えば同じくこの原則を取っていたアメリカでは、連邦憲法の平等保護条項違反とされ、早くに各州で廃止された。そしてその後アメリカで現れた<sup>(20)</sup>のが、主たる養育者の原則である。別居・離婚まで子どもを主に養育してきた者を監護者として適格とみなすものである。わが国でも大阪高裁平成17年6月22日決定家月58巻4号93頁は、現在は父親が子を養育しているが、「母が子の出生時から子に注いだ愛情と多大な労力と精神的にも身体的にも密着して過ごしてきた時間」を重視して、母が主たる養育者であったことの重要性を述べているが、これをはじめとして、今日では裁判所はこの要件を重視するケースが多く見られる<sup>(21)</sup>。しかし、この要件は性別を理由に判断される訳ではないが、実際にはやはりまだ母親が主たる養育者であるケースは多い。これが未だ男女性別役割分担の強い日本で用いられると、母親優先の原則を言い替えたに過ぎない場合も現れ、先にみたように、別居時の子どもの連れ去りが肯定される理由とされることが問題となる。

(ii) 継続性の要件。これは、現在の子どもの生活の継続性を重視するものである。従来は、これも原則として取られていたこともあるため、奪取の事件であれば、奪った者勝ちで実力奪取を生み出す契機となると批判されていた（東京高裁平成11年9月20日決定家月52巻2号163頁は奪取による継続性を否定）。私見としては、子どもにとって父母との生活は双方とも変わりがないものであり、今後面会交流等を通して、親の離婚にかかわらず子は双方との交流を行うものと見るならば、現状の継続性はさ



ほど重視すべきものではないと思われる。

(iii) 寛容な親の要件。アメリカでは、フレンドリー・ペアレント・ルールと呼ばれるもので、わが国では東京高決平15年1月20日家月56巻4号127頁<sup>(22)</sup>で取られ、その後も判断基準のひとつの要件とされている（東京家裁八王子支部平成21年1月22日審判家月61巻11号87頁）。離婚後の親子の交流を促進させる親を適格な親とみなす考えであり、今後、面会交流の進展とともに重要視されるものと思われる。

(iv) 子の意思要件。子どもの意見をどう取り込むかについては、今日重要なポイントとなっている。ただし、子どもが幼い場合にその意思の調査は直接的な質問で行われてはならず、また、おとなの言動が子どもの意向に影響を与える場合もあり、子どもの意思を調査するときには細心の注意が必要である。またそれを判断にどのように取り込むかは難しく、また、子どもに親を選択させることは避けなければならないので、子どもの意思だけが唯一の要件とはなりえない（東京高決平11年9月20日は6歳の子の意思による決定は否定）。子どもにとって母親との関係と父親との関係は等しく、双方共に親であるから、どちらかを選択することはできないのが通常である。現行法上単独親権しか認めていないわが国では、子どもが双方を選択することはできないのであるから、共同親権も選択できる状況でないと配慮にもとることになる。なお、親嫌いにさせるという異常事態を誘発した親の適格性を消極的に捉える場合はあり得るであろう（大阪地判平19年2月21日）。

## 註

(20) primary caretaker doctrine という。アメリカでは当初これは唯一の判断基準である「原則」として登場した。しかし今日では、何かの一要素で判断する「原則」は採用されておらず、様々な要件を比較衡量する「子の最善の利益基準」をとっており、主たる養育者もその要件のひとつとなっている。なお、caretaker の用語について、わが国では民法766条に言う監護権が今日では父母の別居時に指定される権利として用いられているため、ここでは養育者と呼ぶことにする。

(21) 松本哲弘「子の引渡し・監護者指定に関する最近の裁判例の傾向について」

て」家月 63 卷 9 号 1 頁（2011 年）は、主たる養育者は比較衡量の重要な要素のひとつではあるが、唯一の原則ではないことを多くの刊行物未登載の裁判例から紹介し、論じている。

- (22) 山口亮子「家事裁判例紹介 監護者基準としてのフレンドリー・ペアレント・ルール（東京高裁平成 15.1.20 決定）」民商法雑誌 132 巻 4・5 号 652 頁（2005 年）。

## おわりに

今日わが国では、子の奪取に関するハーグ条約の批准、家族法改正による離婚後の共同親権化が検討されているが、それは、日本の社会がそれらが必要とする状況を生み出しているからと言えるのではなからうか。すなわち、日本国内および国際間でも、別居・離婚に伴う子の奪取が増加しており、それに伴う裁判所の手続や判断基準が急速に進展しつつある。具体的に事件の内容を見てみると、離婚後の子の奪取に関する人身保護請求事件でも、権利があっても子の幸福を比較衡量する必要性のある事件が示す通り、夫婦の別居や離婚の経緯の多様性から、親と子の交流や生活は親権や監護権という親の権利性に関係なく存在している場合が増えていることが分かる。そして、親子間の時間的流れの中では過去に主に養育を行ってきたことも、現在養育を行っていることと比べて必ずしも軽視すべき状況ではないことが理解されており、双方ともに子に関わっているケースが増えていることが分かる。

法的に親権を検討すると、離婚後非親権者の親権はどのようなものかについては、現行法上必ずしも明確ではない。学説も親権は停止しているだけで潜在的に存在するとする説と、無くなるとする説がある。しかし、夫婦の関係と親子の関係を連動して捉えるべきではないとする今日の多くの学説の考えから、親権は離婚後も継続すると考えるべきであり、離婚後の共同親権も理論的には無理な解釈ではない。このように考えていくと、現実社会においても法的にも、婚姻の有無にかかわらず子に対する共同親権が成立する可能性がある。そうすると、離婚後の共同親権の下では親権

という権利性による監護者の決定を行い得なくなる。

また、従来の考え方では、非親権者は親権という権利が無いことにより子どもとの交流も認められていなかったが、今日では面会交流の広がりとともに、権利の有無による親子の関係の否定はできなくなっており、これは親権があるか無いかによるオール・オア・ナッシングの判断自体が懐疑的になってきていることの表れでもある。これを発展させていくと、今後は、子どもの監護者をどちらであるかと決定するよりは、どのように子どもの世話を誰がどのくらい行い、どのくらいの割合で監護を交替で行っていくか、という具体的な取決めこそが重要となってきた、子どもおよび現代家族が求めるものとなっていくのではなかろうか。そのための立法が進むべきであり、裁判所による判断基準もこれからも進展を続けていくものと思われる。

## 〈資料〉

### I 人身保護請求事件

	判例・裁判例	事実関係	原判決	判決	判断基準
1	最判決平5年10月19日民集47巻8号5099頁、家月45巻10号33頁、判時1477号21頁、判タ832号83頁	父が子らを連れて別居。夫婦間で子らを路上で奪い合ったが父に連れ戻される。母から人身保護請求。	母・比較衡量による子の幸福の判断において、母親優先の要件重視。母からの請求認める。	父・夫婦の共同親権に服する子に対する夫婦の一方の監護は親権に基づくものとして特段の事情がない限り適法であるから、拘束が顕著に違法というためには、右監護が子の幸福に反することが明白であることを要する。	明白性の基準（拘束者の監護が子の幸福に反しない限り正当） 〈明白性の基準 $\alpha$ 〉＝現状維持
2	神戸地判平5年12月15日判タ874号281頁	父が子連れて別居。母が人身保護請求。	父・子に対する愛情、監護意欲及び居住環境の点、監護養育時間、および経済的な面で、父母間でさしたる違いはない。請求者に監護されることが子の幸福に適することが明白であるということとはできず、拘束者が監護することが子の幸福に反するこれが明白とも言えない。本訴請求はいずれも理由がない。	拘束が子の幸福に反することが明白であるとは言えない。	拘束の違法性が顕著な場合に該当しない（＝明白性の基準 $\alpha$ 。現状維持）。差異審札幌地判平6年3月24日も同旨。
3	最判決平6年2月8日家月47巻2号135頁、判時1502号104頁、判タ856号202頁	母が1歳に満たない子連れて別居。7日後父が子連れ戻す。母が人身保護請求。	母・愛情、経済、住環境を比較衡量の上母親優先の要件を重視し、母からの請求認める。	父・父の側による監護・拘束が子の幸福に反することが明白であるとは言えない。	拘束者の監護が明白に悪くない（＝判断しない。現状維持）。差異審札幌地判平6年3月24日も同旨。
4	京都地判平6年3月14日判タ853号261頁	母が子（6歳女児）連れて別居。10ヵ月後、父が保育園から子連れ帰る。母が人身保護請求。	母・父は母が離婚届の親権者欄を勝手に母に書いて提出したと主張しているが、父を親権者とする合意が成立していることを認めるに足る訴明資料はない。父母間で優劣はつけがたい。親権者である請求者の監護の下に置くことが子の幸福に明らかに反しているとは言えない。本件拘束は非親権者によりなされており違法性が顕著であるから人身保護請求を認容する。		明白性の基準 $\beta$ （権利による判断）。
5	最判決平6年4月26日民集48巻3号992頁、家月47巻3号51頁	母が子連れて別居。父が子らを路上で奪取。母が人身保護請求。	母・拘束者の監護下に置かれる方が請求者の監護下に置かれるよりもその幸福に反することが明白とし、拘束者の監護拘束は違法。請求者を監護者とする。	父・子の幸福に反する明白性の要件として、家庭裁判所で幼児引き渡しを命ずる仮処分審判が出されているのにそれに従わない場合や、請求者の監護下では安定した生活を送ることができるのに拘束者の監護下においては健康が損なわれたり満足な義務教育を受けることができない場合がこれにあたる。	明白性の基準 $\alpha$ における明白な有害の具体例（拘束者が違反しているとき、請求者が虐待しているとき）を示す。本件は当該基準には該当せず。
6	最判決平6年7月8日家月47巻5号43頁、判時1507号124頁、判タ859号121頁	父が単身転居することで別居開始。別居後面会交流があった。離婚調停中、調停委員会の調整の下、父子の面会交流が行われたが、その後父は約束を破り子の引渡しを拒否。母が人身保護請求。	母・親権に基づく監護は原則として適法であるが、子の幸福に反することが明白である場合は例外。本件の調停時の合意に反し住民票を無断で移転し、入学等の手続きを進めている行為は、子の心情を配慮していない。本件拘束の開始は著しく信義則に反し許されない。	母・調停委員会の面前でその勧めによってされた合意に反して被拘束者らの拘束を継続し、被拘束者らの住民票を無断で上告人の住所に移転したことなどの事情にかんがみ、本件拘束には、人身保護法2条1項、人身保護規則4条に規定する顕著な違法性があるものとした原審の判断は、正当として認認することができ、その過程に所論の違法はない。	拘束の開始自体に顕著な違法性があるとするもので、子の幸福ではなく、拘束開始手段の違法性の観点から判断。 〈拘束の顕著な違法性〉

	判例・裁判例	事実関係	原判決	判決	判断基準
7	最判決平6年11月8日民集48巻7号1337頁、家月47巻6号26頁、判時1514号73頁、判タ865号297頁	未婚の母が未認知の父に子を預けたが父が返さない。母が人身保護請求。〈未婚の母事件〉〈親権者対非親権者〉	父・比較衡量により、拘束者の監護が子の利益に反しないので請求認めず。	母・子の監護権を有する者が監護権を有しない者に対し、人身保護法に基づき幼児の引渡しを請求する場合には、幼児を請求者の監護の下に置くことが拘束者の監護の下に置くことに比べて子の幸福の観点から著しく不当なものでない限り、拘束の違法性が顕著であるというべきである。	親権者の監護が子の幸福に反していないことが明白である限り権利者優先。 〈明白性の基準 $\beta$ 〉＝権利者優先
8	最判決平11年4月26日家月51巻10号109頁、判時1679号33頁、判タ1004号107頁	離婚等の調停で夫婦の合意で面接交渉を行うとしたがその場で父が強引に子を連れ去る。	父・奪取は悪質だが父の監護状況は良好であり子の幸福に反することは明白ではない。母の請求棄却。	母・離婚等の調停の進行過程における夫婦間の合意に基づく幼児との面接の機会に夫婦の一方が幼児を連れ去ってした拘束には法律上正当な手続によらない顕著な違法性があるとして人身保護法に基づく子の引渡しを認める。	拘束の顕著な違法性。
9	最判決平11年5月25日家月51巻10号118頁	母が子を連れて別居。その後父が子を連れて行く。離婚訴訟で母が親権者。親権者母が非親権者父に対し人身保護請求。	父・父の監護が4年余で子が安定している。父の監護者指定の審判中であり拘束が権限なしにされている訳ではなく請求棄却。	母・請求者の監護の下に置くことが子の幸福の観点から著しく不当なものでない限り、非監護権者による拘束は権限なしにされていることが顕著である場合に該当する。上告人の監護が著しく不当と言うことはできない。	明白性の基準 $\beta$ ＝親権者優先。
10	大阪地判平19年2月21日判タ1251号339頁	協議離婚した父母間。子は非親権者母と生活している。親権者父が人身保護法請求。	母・協議離婚で4人の子の親権者を父とするが、1年5か月後9歳と7歳の子は母を親権者と変更。さらに1年後、2人の子も母に引き取られた。裁判所は父母の経済性、監護協力者祖母が言う悪口、8歳の子の意見、きょうだいの同居、実力奪取でないこと等、養育状態を比較衡量し、非親権者による拘束の顕著な違法性は認められないとして請求棄却。		明白性の基準 $\beta$ 認められず＝親権者の監護が明白に子に不利益。非親権者（母）による現状維持。
11	最判決平22年8月4日家月63巻1号97頁、判時2092号96頁、判タ1332号55頁	アメリカで外国籍の夫が離婚により子の監護権を得るが、日本人母が無断で子を連れ日本へ帰国。父から人身保護請求。	母・出生時からの養育監護、父の多忙さ、子は英語が話せない、現在の生活の継続性等を比較衡量し、アメリカでの生活を強いることは子に著しい精神的負担を負わせるとし、父の監護下に置くことは子の幸福の観点から著しく不当な結果をもたらす。	被拘束者を請求者の監護の下に置くことが拘束者の監護の下に置くことに比べて子の幸福の観点から著しく不当なものであることはできない。審問手続を経た上で判断すべき。	高裁は明白性の基準 $\beta$ によるとするが、最高裁は明白に子の幸福に反するとは言えないとした。

## Ⅱ 家庭裁判所申立事件（民法 766 条）：子の監護者指定、子の引渡し申立

	裁判例	事案	原審	決定	判断基準
1	東京高決平 11 年 9 月 20 日家月 52 巻 2 号 163 頁	父が散歩と偽り子を連れだし実家へ帰る。母から子の引渡しを求める審判と審判前の保全処分の申立てが行われ、子の引渡しを認める仮処分審判がなされたが夫は無視。母が申立て。	父・父母間に監護の差はないこと、5 歳の子が母に対し拒否の態度を示したこと等から母の請求を却下し、父を監護者に指定。	母・子を無断で連れ出し、家庭裁判所の保全処分の決定等に従わないでいる間に前記安定を見出すようになったという側面があることも否定できず、また子が抗告人に対して強い拒否的な態度を示したとしても、5、6 歳の子どもの場合周囲の影響を受けやすいことから、これを直ちに子の意向として重視することは相当ではなく原審判取消し差戻し。	家裁の保全処分の決定に従わない間にそれによる継続性が形成されたことは重視せず。6 歳の子の意向による判断はしない。
2	東京高決平 15 年 1 月 20 日家月 56 巻 4 号 127 頁	夫婦仲の不和と病気のため母が単身別居。その後父が自らを親権者とする離婚届を提出。父は面会交流を妨害する行為。	母・母へ子らの引渡しを命じる。	母・中 2、小 5、小 3 の子のうち下の 2 人は母の下で生活したい旨の意向を明確に示しており、父は面会交流の実施に非協力的な態度に終始していること等を考慮して、子らを母に監護させることがその福祉に合致する。原審判に対する即時抗告を棄却。	子の意向、寛容な親の要件。
3	東京高決平 15 年 3 月 12 日家月 55 巻 8 号 54 頁	特に協議なく親権者を母として離婚届を出した後、しばらくは父を監護者とする調停が成立し、父と暮らしている A に対し母が引渡請求。	父・6 歳の A は父と現在の地域で生活したい旨表明しており、B は兄 A と共に養育されるべきであり、母への引渡しを否定した。	母・親権者である母が非親権者であって監護者でもない父に子の引渡しを求めるものであり、父には引渡しを拒絶し得る法律上の根拠はない。A の福祉に反することが明らかでない場合等の特段の事情が認められない限り本件申立てを正当として認容すべきである。	調停で父を一応監護者とする合意あり。子の監護に関する処分の審判に明白性の基準 $\beta$ の適用を明言した初めてのケース。
4	東京高決平 15 年 7 月 15 日判タ 1131 号 228 頁	母は別居時に 6 歳と 4 歳の子どもを置いて実家に戻り、父が離婚の調停を申し立てた。	母・調停継続中に子らの監護者を母と定め、父に対し子の引渡しを命じた。この場合、父の審問は行われず、調査官の調査も不十分であるとして父が即時抗告。	母・父は本件調査には母親優先の原則による思い込みがあると指摘するが、この批判に十分耐えられるだけの根拠の基準がないことは確か。未成年者らにとって現下の最善の利益は、母から心身にわたる監護を受けて継続的情緒の交流を保ち、その母性に日常的に接することであると判断される。	家庭裁判所調査官の調査の不十分と一方に傾斜した調査が問題とされた。一方に対する審問なく審判したことも問題。比較衡量中母親優先の要件重視。継続性の要件は否定。
5	仙台高決平 17 年 6 月 2 日家月 58 巻 4 号 71 頁	母が子を連れて別居。その後父が保育園に赴き無断で子を連れ去った。母が子の引渡し請求。	父・監護親による現状の監護状態が劣悪でない限り子の養育を継続することが子の福祉に合致するとして申立却下。	母・（公然かつ平穩に子を監護下へ置いた場合と子を無断で連れ去った場合とを比較）。奪取者に引続き子らを監護させる場合に得られる利益と請求者に子を監護させる場合に得られる利益を比較し、前者が後者がある程度有意に上回ることが積極的に認められない限り請求者による引渡し請求を認容すべき。	純粹な比較衡量ではなく、当初公然かつ平穩に子を連れ去り生活していた親を実質的監護者とみなす。

	裁判例	事案	原審	決定	判断基準
6	札幌高決平17年6月3日家月58巻4号84頁	母が子を連れて別居。父が買い物途中で子を抱かせてくれるよう求めその後連れ帰る。母が子の引渡請求。	母・奪取した現在の安定状態は評価せず、母親優先の要件を重視し子を母へ引き渡せ。	母・別居中母と実家に戻った子どもを実力で奪取している父が現在の安定した状態を主張することは到底許されるものではなく、子が2歳の女兒であり、本来母親の監護が望ましい年齢であることに加え、母が育児をすることについて不適格な事情が認められない本件では、子の監護者として母親が相当であることは明白である。	比較衡量により母親優先の要件重視。継続性の要件は否定。子を連れての別居は当然。
7	大阪高決平17年6月22日家月58巻4号93頁	母が子を連れて別居。母は夫からのDVを主張。父が幼稚園の運動会で子を車で連れ去った。母が子の引渡請求。	母・比較衡量による決定的要素はない。母が主たる養育者。父は引渡保全処分履行勧告に応じず、執行官の執行を妨害。面会交流の寛容性にも欠ける。	母・母が子の出生時から子に注いだ愛情と多大なり努力と精神的にも身体的にも密着して過ごしてきた時間という継続性の原理を重視すべきである。	比較衡量、主たる養育者の要件により母を監護者とする。また、父が執行妨害したこともマイナス要素。
8	東京高決平17年6月28日家月58巻4号105頁	母が子を連れて別居。夫からのDVを主張。調停で自力救済を禁止されていたが父は自動車で待ち伏せし子を奪取。母が子の引渡請求。	父・経済、監護協力者の有無、母性の発揮等を比較衡量し、母性が発揮できないとして父を監護者と指定。	母・父による子の奪取は極めて違法性の高い行為であり、子の監護者を父に指定することはそのような違法行為をあたかも追認することになるから、特にそれを許さなければ子の福祉が害されることが明らかといえるような特段の事情が認められる場合に限られる。	奪取の違法性。母が別居時に子を連れ出すのは「やむをえない」。
9	広島高決平19年1月22日家月59巻8号39	父の暴力により母がけがの治療に行っている間に父は子2人を連れて実家へ戻る。	父・離婚訴訟で親権者指定がなされるまでは引き続き父の下で監護するのが相当。監護者については判断せず。	父・父母双方とも適性を欠くとは言えず有意な差もない。現在の監護状況を変化させることは監護の安定性を欠く、母性は判断を覆すほど重視すべきものではない。	継続性の要件重視。母親優先の要件は重視せず。
10	福岡高決平成20年11月27日判時2062号71頁	母が子らを連れて実家へ戻る。父が話合いの途中子をタクシーで連れ去る。離婚訴訟継続中に母からの監護者の指定と子の引渡審判申立。	母・申立認容。	父・離婚訴訟が継続中の夫婦において、それに先立って子の監護者の指定の審判を求めることができるのは、子の福祉の観点からして早急に子の監護者を指定しなければならず、離婚訴訟の帰趨を待っていることができないというような場合に限られる。	離婚訴訟係属中の夫婦間における子の監護者の指定および子の引渡しについての理由がないとして却下。
11	東京家審八王子支平21年1月22日家月61巻11号87頁	母が無断で子を連れて別居。父が監護者指定審判申立（保全処分は取下）。	父・子は7歳で父母双方との関係は良好。母は面会交流に反対し裁判所の調整にも拒絶的対応をしている。双方が主たる養育者。母には監護補助者はいない。父に養育させるのが未成年者の福祉に適う。		比較衡量。寛容な親の要件重視。
12	東京家審平成22年5月25日家月62巻12号87頁	母が子を連れて別居。父が子の監護者指定および子の引渡申立。	母・養育能力、経済力、心身の健康・性格、子に対する愛情・熱意、居住条件・居住環境、監護の実績及び継続性、監護補助者その他の援助体制の有無、連れ去りの態様・違法性の程度等の点から検討。子の生活基盤及び心身の安定を図る観点から母を指定するのが相当。母は父の言動等に不信任及び恐怖感を抱き、子を連れて別居した行為が違法であるということは困難である。		比較衡量。継続性の要件重視。

### Ⅲ 審判前の保全処分

		事案	原審	決定	判断基準
1	東京高決平11年5月6日判時1686号55頁	父を親権者とする離婚届を提出したがその後審判で母が監護者。母が子の引渡の保全処分申立て。	母・急迫の危険の有無と子の心身発達に損なわれている場合に保全処分は必要。父は母へ子を借りに引き渡せ。	父・本案事件の確定を待っているのは子の福祉に損なわれる事情があると認めるに足りる訴明はない。子は父と安定して暮らしているため原審判を取り消す。	詳細な子の利益判断（子の意向、父母の適格性、生活環境等）
2	東京高決平15年1月20日家月55巻6号122頁	〈別居夫婦間での子の引渡し仮処分審判〉夫婦間不和から母が3人の子を置き単親別居。父が奪取。母が申立て。	母・子らには母親の存在が欠かせないこと、子らが母との生活を希望していること、父から母への暴力、父の女性との付き合い等から事件本人らを現状のまま放置しておくことはその福祉に著しく反するとして母の申立てを認容。	父・本案の審判申立てが認容される蓋然性と保全の必要性が要件となる。子に対する虐待、子が相手方の監護が原因で発達遅滞や情緒不安を起こしている場合などが該当する。事件本人らは現在一応安定した生活を送っていることが認められ、……切迫した事情を認めるに足りる訴明はない。本件審判前の保全処分の申立ては理由がない。原審判を取り消す。	本案の蓋然性と保全の必要性＝現監護の継続性を維持。
3	さいたま家審平20年4月3日家月60巻11号89頁	フィリピン国籍の未婚女性の子を認知した父が連れ去る。	母・子の福祉に反することが明らかな特段の事情がある場合を除いて親権者が未成年者を監護養育することが相当である。		明白性の基準 $\beta$ （未婚の母事件）
4	東京高決平20年12月18日家月61巻7号59頁	母が単身家を出て別居、その後母が子を保育園より奪取。父が本件審判と審判前の保全処分を申立て。	母・比較衡量し、本案認容の蓋然性があるとまでは言えないとして申立てを却下。	父・審判前の保全処分では、請求者の監護下に戻すと未成年者の健康が著しく損なわれたりするなど未成年者の福祉に反し、親権行使の態様として認容することができない状態になることが見込まれる特段の事情のない限り認め、その後の本案審判において子の福祉を判断すべき。	保全処分では比較衡量で子の利益を判断しない。奪取があれば引渡しを認める。